

Bogotá D.C.,
110

Doctora
CAROLINA GIRALDO VELÁSQUEZ
Contralora Departamental
Contraloría Departamental del Tolima
Carrera 3 entre calles 10 y 11, Edificio de la Gobernación del Tolima, Piso 7
Ibagué - Tolima
despacho@contraloriadeltolima.gov.co
secretaria.general@contraloriatolima.gov.co



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202301998
Fecha: 26 de julio de 2023 09:07:30 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría Departamental del Tolima

Referencia: Concepto 110.062.2023
SIA-ATC. 012023000493
1. *De la caducidad*
2. *De los efectos de la sentencia C-090 de 2022 de la Corte Constitucional.*

Respetada doctora Carolina:

La Auditoría General de la República a través de correo electrónico del 15 de junio de 2023, recibió su requerimiento contenido en el oficio CDT-RS-2023-00003749 de la misma fecha, radicado en la AGR el mismo día con el número 02331202301581 bajo el SIA-ATC. 012023000493, en el que consulta:

«Atendiendo los principios de la función pública y en especial el de colaboración, respetuosamente solicitamos se emita concepto que atienda la siguiente situación fáctica:

La Contraloría Departamental del Tolima aperturó procesos de responsabilidad fiscal durante la vigencia del Decreto Ley 403 de 2020, teniendo en cuenta (sic) la caducidad de la acción fiscal de 10 años. Se trata entonces de autos que revisten de legalidad, sin embargo la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-090 de 2022, dispuso la reviviscencia del artículo 9 de la Ley 610 de 2000, de carácter inmediato.

Una vez agotado el periodo probatorio es posible proferir el auto de imputación de responsabilidad fiscal, a pesar de la decisión de la Corte Constitucional que revive el término de caducidad a 5 años?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...).» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) De la caducidad, y ii) De los efectos de la sentencia C-090 de 2022 de la Corte Constitucional.

1. De la caducidad de la acción fiscal

La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», contempla la caducidad de la acción fiscal en los siguientes términos:

«Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por

la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.»

La Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2013 al examinar la constitucionalidad del primigenio artículo 6º de la Ley 610 de 2000, se pronunció así:

«Para los efectos que se dejan anotados, la Corporación entendió que “el fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley”, e implica “la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercer la respectiva acción”.

(...)

La previsión de un término de caducidad cumple el propósito inicial de permitir que las contralorías cuenten con tiempo suficiente para adelantar las actuaciones que les corresponden, ya que, conforme lo ha destacado esta Corporación, antes del auto de apertura, con el cual comienza el proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar una indagación preliminar que, “si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo”, a tal punto que tal indagación puede concluir en un auto de archivo, hipótesis en la que no existirá proceso de responsabilidad fiscal, pues “su presencia se anuncia solo a partir del auto de apertura”, cuya fecha es “el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal”.

La existencia de un término de caducidad de la acción fiscal pretende, también, asegurar el actuar diligente de las contralorías, pues, pese a que esté involucrado el interés general, no pueden mantener indefinidamente las indagaciones o postergar sin límite temporal alguno la iniciación del proceso fiscal, porque, de lo contrario, “el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas”.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 5 de diciembre de 2006 dentro del Radicado número 25000-23-26-000-1994-00044-01(13750), se pronuncia sobre la caducidad, así:

«El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho que se persigue con su ejercicio puede verse afectada. La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, y está consagrada por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas. En el contencioso administrativo, el señalamiento de un plazo de carácter preclusivo, evita la incertidumbre que representa para la administración la revocación o anulación de sus actos, y se encuentra establecido en interés general de la colectividad que debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada.

(...)

Estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que “...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...”, es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que

están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.

De acuerdo con el precepto anterior, es válido afirmar que si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones jurídicas no consolidadas que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial.

En conclusión, la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto, dicha disposición es de naturaleza eminentemente procedimental, tiene efecto general e inmediato y entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de su entrada en vigencia.»

Respecto de la caducidad de la acción fiscal, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.35.2020 (radicado 20201100018811 del 04 de agosto de 2020), conceptuó:

«De la transcripción normativa, jurisprudencial y conceptual transcrita, este Despacho concluye que el fenómeno jurídico de la caducidad se encuentra dentro del derecho procesal, por tanto su naturaleza es de orden público y por ello irrenunciable; establecida como garantía para la seguridad jurídica y el interés general, consistente en el establecimiento de un plazo determinado para poder ejercer una acción para exigir un derecho y en el caso del control fiscal, el tiempo con que cuenta el organismo de control fiscal para dar inicio al respectivo proceso de responsabilidad fiscal contra los presuntos responsables del detrimento patrimonial al Estado observado.

El término de caducidad en el tránsito legislativo se debe aplicar de acuerdo a dos hipótesis: i) Si el término de caducidad establecido en la norma anterior se encuentra vencido al momento de entrada en vigencia de la nueva norma, se aplica la norma anterior teniendo en cuenta la consolidación de tal figura jurídica y por ende la imposibilidad de incoar la acción fiscal; y ii) Si al momento de entrar en vigencia la nueva norma, el término de caducidad establecido en la norma anterior no se había vencido, la aplicación para su conformación es la de la nueva normatividad en el entendido que aún no se ha consolidado la figura jurídica llamada caducidad y por tanto aún se está frente a una mera expectativa de que ésta se materialice.»

2. De los efectos de la sentencia C-090 de 2022 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en la sentencia C-090 del 10 de marzo de 2022 respecto de la decisión de inexecutable decretada en ella, anotó:

«5.7. Efectos de la decisión de inexecutable

5.7.1. Efectos materiales



La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que *“la reviviscencia de normas derogadas o modificadas por aquellas que son declaradas inexequibles no ocurre de manera automática, como si se tratara de un efecto necesario de la sentencia, sino que requiere ser examinada caso a caso, para garantizar la supremacía constitucional, en razón del impacto que tendría la inexequibilidad frente al ordenamiento jurídico y respecto de los derechos de las personas”*.

Tal como se estudió en el numeral 5.5. *supra*, los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, previa modificación o adición de los artículos 124 a 143 del Decreto Ley 403 de 2020, regulaban aspectos del proceso de responsabilidad fiscal. En el caso, por tanto, la simple expulsión de dichos artículos del ordenamiento privaría de una normativa lógica y completa, entre otros, a las definiciones del objeto y elementos de la responsabilidad fiscal; a lo que se entiende por daño patrimonial al Estado para este tipo de procesos; a los términos de caducidad de la acción fiscal; a la suspensión de términos y a la unidad procesal; a los eventos en los que opera la cesación de la acción fiscal; a los procedimientos aplicables al grado de consulta y a la expedición de copias; al saneamiento de nulidades; a la indagación preliminar; a las garantías de defensa del implicado; al nombramiento del apoderado de oficio; a la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal; al traslado; a la segunda instancia; al trámite de las audiencias de descargos y de decisión; y a las instancias del proceso de responsabilidad fiscal.

A criterio de la Sala, un vacío legal en dichas materias afectaría de manera significativa las garantías del debido proceso en este tipo de actuaciones (artículo 29 superior), e iría en desmedro del fin constitucional imperioso al que contribuyen, que no es otro que el de defender y proteger el patrimonio público (artículo 267 superior). **En consecuencia, para evitar una laguna normativa y asegurar la vigencia de derechos y fines constitucionales, la Sala considera necesario reincorporar al ordenamiento los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que fueron modificados o adicionados por los artículos 124 a 143 del Decreto Ley 403 de 2020 y, por tanto, declarará su reviviscencia.**

5.7.2 Efectos temporales

Por regla general, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad son *inmediatos y hacia el futuro*. La Corte, no obstante, ha exceptuado en ciertos supuestos dicha regla bien sea para aplicar retroactivamente los efectos de su decisión, bien sea para diferirlos. A ese propósito, y como medida de autocontrol, la Corte ha considerado que *“deben existir razones de orden constitucional que pongan en evidencia la necesidad de variar la regla general anterior, bien sea para diferir la aplicación de la parte resolutive del fallo, o bien sea para retrotraer sus efectos”*.

En este orden de ideas, la modulación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad resulta admisible siempre y cuando se superen dos exámenes y se cumpla al menos una de dos finalidades. Así:

(i) *Verificación del nivel de gravedad de la infracción (leve, moderado o alto)*: Cuanto más alto sea el nivel de gravedad de la infracción, mayor será la necesidad de expulsar la disposición del ordenamiento jurídico con efectos retroactivos. Por el contrario, mientras más leve sea el nivel de gravedad, mayor será la posibilidad de diferir los efectos hacia el futuro. Es decir, que existe *“una relación de proporcionalidad inversa entre la gravedad y la notoriedad de la infracción constitucional y la*

flexibilidad en la aplicación de la norma declarada inexecutable”.

(ii) *Valoración de las consecuencias positivas y negativas que puede generar la decisión de modular los efectos de la sentencia (diferir o retrotraer):* Diferir los efectos genera una tensión con el principio de supremacía constitucional, y retrotraerlos afecta la seguridad jurídica y la buena fe en la validez del sistema jurídico.

Adicionalmente, se debe encontrar acreditado al menos uno de los siguientes fines:

(i) Evitar que, como consecuencia de la expulsión de una disposición del ordenamiento jurídico, se genere un vacío o laguna normativa cuyos efectos resulten más graves que aquellos que produjo la norma expulsada, mientras estuvo vigente. En otras palabras, se trata de evitar que *“se genere una situación constitucionalmente peor que su mantenimiento”*.

(ii) Evitar un déficit de protección de derechos, o reparar una situación de discriminación normativa que no es posible superar con la mera inexecutable de la norma objeto de control, o con una sentencia integradora.

En el caso objeto de estudio, la Sala no encuentra que se verifique ninguno de los supuestos previstos por la jurisprudencia constitucional para modificar el efecto inmediato y hacia el futuro que, como se vio, se predica por regla general de las decisiones de inconstitucionalidad.

En primer lugar, la Sala considera que el nivel de la infracción fue moderado. Si bien el presidente se extralimitó en sus facultades extraordinarias al expedir el título XIII, la redacción de la norma habilitante, como se demostró en el numeral 5.4. *supra* no es clara, por tanto, no existía certeza sobre su alcance material. La infracción, en dichos términos, no es lo suficientemente grave para justificar la aplicación retroactiva de la decisión, ni tan leve como para permitir que el título XIII se mantenga en el ordenamiento por un lapso posterior a la presente providencia.

En segundo lugar, la Sala encuentra que no se derivan consecuencias negativas de la expulsión inmediata y ex nunc del título XIII del ordenamiento. **Aclara, a ese propósito, que las actuaciones surtidas bajo su vigencia conservan validez -protegiendo así la seguridad jurídica-, y al mismo tiempo garantizando, desde la fecha de esta providencia, la supremacía constitucional.**

Y, tercero, porque, como se explicó en el numeral 5.7.1. *supra*, **la reviviscencia de los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que fueron modificados o adicionados por los artículos 124 a 143 del Decreto Ley 403 de 2020 evita la ocurrencia de un vacío normativo y de un déficit de protección del derecho al debido proceso, al mismo tiempo que garantiza la defensa y protección del patrimonio público.**

En estos términos, la Sala concluye que en el caso no concurre ninguno de los elementos que habilitan a exceptuar la regla general que rige los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, por lo cual, la presente sentencia tiene efectos inmediatos y hacia el futuro.

VI. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

(...) Finalmente, la Sala precisó el alcance material de su decisión -declarando la reviviscencia de los

artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 modificados o adicionados por el título XIII-, así como el temporal -precisando que los efectos de la providencia son inmediatos y hacia el futuro-» (Cursiva propia del texto. Resaltamos en negrilla)

De acuerdo a la mencionada sentencia de inexecutable, las actuaciones consolidadas en vigencia del Decreto-Ley 403 de 2020, conservarán su plena validez, siendo ello así, si un proceso tuvo apertura atendiendo el término de caducidad en él establecido de diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, se debe tener como válida dicha apertura y se continuará el proceso con la actuación procesal que corresponda, atendiendo a los postulados de la Ley 610 de 2000 de conformidad con la reviviscencia ordenada derivada de la inexecutable decretada.

La Ley 610 de 2000 establece que una vez adelantadas las diligencias de expedición y notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, de la materialización del derecho de defensa con la recepción de la exposición libre y voluntaria o el nombramiento de defensor de oficio, la vinculación del garante, si es procedente, y la práctica de pruebas tanto de oficio como solicitadas por el investigado, se procederá a dictar el respectivo auto de archivo o de imputación de responsabilidad fiscal:

«Artículo 46. Decisión. Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso.»

3. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto al tema consultado, concluye lo siguiente:

- i. La caducidad es el fenómeno jurídico consistente en el establecimiento de un lapso de tiempo determinado en el que puede el interesado exigir un derecho afectado, con la consecuencia de la imposibilidad de ejercer la acción si este término es agotado sin que se ejerza.
- ii. Para el proceso de responsabilidad fiscal, luego de la declaratoria de inexecutable del Título XIII del Decreto-Ley 403 de 2020 y la reviviscencia del artículo 9º de la Ley 610 de 2000, el término de caducidad es de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño.
- iii. Las actuaciones procesales consolidadas antes del 10 de marzo de 2022 -fecha de expedición de la sentencia C-090 de 2022- por disposición expresa de dicha sentencia, tiene plena validez, por lo tanto, el proceso debe continuar con la actuación procesal siguiente que corresponda.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual

se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'»** (Resaltamos en negrilla)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego, seleccionar el botón Encuesta de Satisfacción e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 16acd594. También puede consultar su solicitud en el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

| | Nombre y Cargo |
|---|---|
| Proyectado por: | Fabio Luis Jiménez Castro – Asesor de Despacho Grado 02 (E) |
| Revisado por: | Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica |
| Aprobado por: | Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica |
| <i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i> | |